

---

# La libertad religiosa en los Estados Unidos

Comentario al libro de J. I. RUBIO, *La primera de las libertades. La libertad religiosa en EE.UU. durante la Corte Rehnquist (1986-2005): una libertad en tensión*

---

Joaquín CALVO-ÁLVAREZ

Profesor Ordinario de Derecho Público Externo de la Iglesia  
Facultad de Derecho Canónico. Universidad de Navarra  
jcalvo@unav.es

SUMARIO: 1. Algunos rasgos generales de la obra. 2. La deseada síntesis de las últimas páginas. 3. Un sistema jurídico diferente que, en el fondo, se ocupa de problemas parecidos. 4. Un tema permanente: la requerida armonización de las exigencias de la libertad religiosa y de la laicidad (o la llamada neutralidad). 5. Rasgos de la debida neutralidad del Estado constitucional en materia religiosa. 6. Algunas líneas de interpretación que intentan precisar la prohibición constitucional de la 2ª cláusula para no ampliar desmesuradamente el límite de la 1ª enmienda. 7. De nuevo con la atención puesta en la relación entre la libertad en materia religiosa y las exigencias del Estado laico. 8. La necesidad de unas prioridades en la interpretación de los principios o valores. 9. El Estado: su requerido servicio a la dignidad y libertad de todos. 10. La necesaria construcción, *desde la libertad*, del sistema jurídico en una sociedad plural.

Estas palabras escogidas como título del comentario que sigue de una obra destacada<sup>1</sup> me resultan pobres, o por lo menos inexpresivas, del fantástico panorama que este trabajo riguroso del prof. Rubio López pone ante los ojos del lector.

---

<sup>1</sup> J. I. RUBIO LÓPEZ, *La primera de las libertades. La libertad religiosa en EE.UU. durante la Corte Rehnquist (1986-2005): una libertad en tensión*, EUNSA, Pamplona 2006, 692 p.

Es un nuevo libro de la Colección Canónica promovida por el Instituto Martín de Azpilcueta, de la Facultad de Derecho Canónico de la Universidad de Navarra. Nuevo libro, en su momento, desde luego, porque han pasado ya años que no son pocos desde su aparición. Mi lectura en este largo período quizá podría parecerse a una larga ascensión a una montaña majestuosa. El reposo de tantos ratos de lectura interesada ha convivido con urgencias, gestiones y tareas cotidianas, cuyas exigencias nunca se detienen. Pero llegó el momento de tratar de hacer partícipes a los lectores de *Ius Canonicum* de la impresión causada por la inmersión en este magnífico libro, cuyo interés no ha perdido actualidad.

El Prólogo es debido a Rafael Palomino. Ahí se encuentran estas autorizadas palabras suyas: «este trabajo es la más actualizada aportación que se ha hecho en el panorama doctrinal español al apasionante tema del desenvolvimiento de la libertad religiosa en los Estados Unidos de Norteamérica» (p. 21).

A manera de una interesante introducción, ya el autor de nuestro libro se extiende (pp. 25-47) en ambientarnos de un modo adecuado antes de entrar propiamente en materia con el primer capítulo. Estas páginas llevan por título *La acción en los límites*. El título se refiere al conocido intento del Juez Rehnquist, Presidente del Tribunal Supremo desde 1986 a 2005 de interpretar la Constitución, en nuestro tema, excluyendo un predominio de una de las dos clásicas cláusulas sobre la otra. Me refiero a aquellas cláusulas introducidas por la 1ª enmienda a la Constitución federal que han hecho característico el sistema constitucional de los Estados Unidos en cuanto a la comprensión del lugar de la religión en la sociedad civil americana. Como es sabido, la fuente de la que hablamos se encuentra en estas palabras: «El Congreso no promulgará ninguna ley que suponga establecimiento de la religión o prohibición de su libre ejercicio».

Rubio empieza situando al lector en el panorama de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos sobre la libertad religiosa. Señala (p. 26) que «si se pudieran sintetizar unos rasgos esenciales en los que se desenvuelve la libertad religiosa en Norteamérica a comienzos de este siglo XXI, tal vez podrían caracterizarse en tres aspectos: el pluralismo religioso, el Estado del bienestar y la guerra cultural entre posiciones secularizadas y creyentes». Estas valoraciones generales, fruto de las reflexiones del autor, tienen ya, antes de entrar en el libro propiamente, un gran valor. Ahora, sin detenernos demasiado en la mucha información aportada y en la variedad de matices expuestos, podemos, sin embargo, hacerlo unos instantes. Respecto al pluralis-

mo religioso, hay que tener en cuenta que la sociedad norteamericana sigue siendo predominantemente cristiana, aunque hay también una gran diversidad de creencias. A su vez, crece una mentalidad secular, en el sentido de ajena a lo religioso, que difiere en la comprensión e interpretación del sentido tradicional y originario que da razón del porqué de las cláusulas de la 1ª enmienda. En cuanto al dato del Estado del bienestar, hay que tener en cuenta que desde los comienzos del Estado liberal a la actualidad, el Estado ha ido interviniendo cada vez más en la vida social; también en los ámbitos en los que los grupos religiosos habían ido adquiriendo una presencia creciente, como es el caso del terreno educativo y el de la asistencia social. Este interés progresivo del Estado en campos que ya eran de especial interés religioso también ha aumentado el número de conflictos. Además, encontramos una ideología secular por parte del Estado que alejándose de la neutralidad tiende a imponerse en exclusiva. Tal vez, debemos apuntar tan sólo que dos años después de la aparición de este libro se ha producido en Estados Unidos, y en todo el planeta, como es bien sabido, una crisis económica de tal magnitud que está poniendo en apuros la consistencia, ya tradicional, del mismo Estado del bienestar; al menos, la entera continuidad de sus conquistas. En cuanto a la guerra cultural entre una visión secularizada y otra creyente, el fenómeno sustantivo no es distinto del europeo pero nuestro autor afirma que en la sociedad norteamericana sí se encuentran respuestas enérgicas frente a la visión que plantea el pensamiento político-social del *etsi Deus no daretur*.

El tratamiento jurídico de la libertad religiosa, además de en el ámbito doctrinal, lo encontramos en la Constitución federal y en las de los Estados, en la legislación y en los tribunales; normas y sentencias judiciales se encuentran también tanto en el marco federal como en el estatal. Ya hemos recordado más arriba la protección constitucional, fruto de la primera enmienda, surgida en 1789, dos años después de la aprobación de la Constitución; con la doble cláusula: la separación del Estado respecto a la religión (*establishment clause*) y el libre ejercicio de la religión (*free exercise clause*). Además, dos leyes, de 1993 y del 2000, han completado la protección de la libertad religiosa en el ámbito federal. Por otra parte, algunos Estados han introducido leyes que complementan o aseguran en mayor grado la protección de la libertad religiosa.

Si el objeto del libro es predominantemente un estudio, en nuestro tema, de la jurisprudencia de la Suprema Corte, en el período 1986-2005, antes de dicho análisis, el autor se permite exponer con claridad y amplitud suficiente –aunque su intención sea que la exposición sea breve– el sistema judicial esta-

dounidense. Unas páginas útiles y provechosas, aunque aquí tan sólo invitaremos a su lectura. Al menos dejamos constancia, junto a las dos esferas (federal y estatal) del sistema, de la existencia de tres instancias en cada una de ellas (pp. 33 y ss.). También prestaremos atención a un dato: la jurisprudencia referente a nuestro tema es doble, ya se refiera a una u otra cláusula; es decir, según que el Tribunal Supremo se centre, en cada caso, en la separación entre Estado y religión o bien en el libre ejercicio de la religión. Con todo, en una y otra jurisprudencia hay evidentes influencias recíprocas.

Las últimas de estas páginas iniciales se detienen en señalar distintos aspectos formales del trabajo, principalmente referidos al modo de citar las sentencias judiciales, textos legislativos y la doctrina norteamericana, ajustándose sustancialmente a los usos allí generalmente admitidos (pp. 43-46). Siguen los tres capítulos del libro. El primero lleva por título: *La libertad religiosa durante la Corte Rehnquist (1986-2005): entre la adaptación en la «establishment» clause y la restricción en la «free exercise clause»* (pp. 49-241). El mismo autor comenta su contenido en unas líneas: «El criterio que se ha terminado por imponer es el de la neutralidad formal. Se trata de un principio que ha restringido la esfera de protección del libre ejercicio de la religión», al tiempo que ha debilitado la rigidez del modo anterior de entender la separación (cfr. p. 46). El capítulo segundo (pp. 243-426) se titula *Los años de revisión y restauración en el «free exercise» (1990-2005)*. Estos quince años destacan por dos sentencias (*Smith*, 1990 y *Flores*, 1997) y dos intervenciones legislativas (la ley de restauración de la libertad religiosa de 1993 y en el 2000 la ley restauradora del libre ejercicio de la religión en dos supuestos concretos: en materia de legislación sobre uso de suelo urbano y para personas residentes en centros sanitarios o confinadas en instituciones penitenciarias). Junto con el estudio detenido de la jurisprudencia y de esas dos leyes se examinan con detalle las diferentes posturas en el amplio debate doctrinal. El capítulo tercero *Una libertad en tensión* (pp. 427-563), expone sistemáticamente las consecuencias de los datos examinados en los dos capítulos anteriores. *La primacía de una libertad excelente* (pp. 565-592) presenta las consideraciones finales. Después encontramos un amplio apéndice que incluye un apartado de términos y expresiones jurídicas (pp. 593 y ss.), que facilita un recurso útil para no perderse en presupuestos y lugares comunes propios del vivo debate jurídico doctrinal sobre la libertad religiosa en la vida social y política de los Estados Unidos; un elenco muy extenso y ordenado de jurisprudencia federal y estatal; una relación de sitios de Internet donde puede encontrarse información sobre libertad

religiosa en los Estados Unidos; bibliografía, dividida en libros y fuentes legales, por una parte, y artículos, por la otra; y por último un índice único que incluye tanto nombres como materias y sentencias.

Después de esta descripción formal y de contenidos de la obra me permito apuntar algunos aspectos dignos de ser destacados. Es el caso de la presentación que el autor nos hace, con cierto detalle, de la personalidad de los principales protagonistas de la Corte Rehnquist (pp. 220-241): ayuda a entender las posiciones mantenidas por los distintos jueces sobre todo en las sentencias más destacadas. Y de un interés más amplio, directamente vinculado al núcleo del tema de nuestro libro, son las exposiciones sintéticas que, en diferentes lugares de las abundantes páginas, se hacen de la evolución de la jurisprudencia en nuestra materia. Esos pasajes, que aparecen en distintos lugares del libro, se complementan; y su intrínseca conexión facilita la comprensión de la citada evolución. Así, una buena síntesis de la evolución jurisprudencial la encontramos en las pp. 49 y ss. En especial en la p. 52 (antes, cfr. p. 37).

Así, partiendo de los años de la Corte Warren (1953-1969), se constata que esos años, especialmente los 60, son de *máximo reconocimiento del libre ejercicio* de la religión (*free exercise*). Se valora sobre todo la libertad más que la religión. Pero la excelencia de la libertad beneficia también al ejercicio de la religión. En particular se presta atención a las religiones minoritarias. Y en ese tiempo se exigirá un estricto balance entre los intereses estatales y la libertad religiosa individual: el Estado deberá probar el prevalente interés propio (*compelling state interest*) para que pueda justificarse, en el caso dado, la restricción del *free exercise*. La decisión *Sherbert* (1963) es expresiva de lo que acaba de decirse relativo a la línea jurisprudencial dominante en este período (pp. 246 y ss.). Se expone el caso que da origen a la resolución de la Corte<sup>2</sup>; y se analizan las posiciones de los distintos jueces que intervinieron en la sentencia, también de los que se apartaron de la posición mayoritaria. Los argumentos que se presentan ofrecen muy interesantes análisis. En la *Burger Court* (1969-1986) se limita la necesidad del referido estricto balance (*strict scrutiny*), facilitando al Estado su actuación, liberándolo en cierta medida de ceñirse a las exigencias de una estricta garantía de la libertad religiosa. Por último, en la *Corte Rehnquist* (1986-2005) se avanza en esa línea, pudiendo hablarse de verdadera restricción

<sup>2</sup> El caso recuerda al que trató muchos años después el Tribunal Constitucional español en su Sentencia 19/1985, de 13 de febrero (BOE 5-III-1985; también en JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL, t. XI, 181-189).

del libre ejercicio de la religión. P. ej. el juez Scalia, miembro de esa Corte, entendía que para que el Estado se impusiera en caso de conflicto bastaba constatar la naturaleza general y neutral de la norma o medida estatal.

# 1. ALGUNOS RASGOS GENERALES DE LA OBRA

Después de haber descrito aspectos formales del voluminoso trabajo y algunos tratamientos destacados de su contenido, podemos detenernos en valorar el carácter magnífico del trabajo publicado. El empeño que descubrimos en la obra realizada es grande y amplio; ambicioso, en el mejor sentido. Entiendo que forma parte de una valoración crítica destacar también la bondad y bondades de una obra. Y un trabajo como éste aporta un interés real para una lectura reposada y reflexiva; facilita hacer posible un diálogo de calidad entre culturas jurídicas distintas. Da a conocer con amplitud y profundidad la vida y el dinamismo de un sistema jurídico tan característico. Y en este sentido establece un fundamento sólido para el deseable intercambio de puntos de vista entre culturas jurídicas diversas. En un mundo tan globalizado, en expresión quizá en exceso repetida aunque expresiva, el acercamiento respetuoso entre mundos jurídicos diversos es un camino prometedor de buenos frutos. Además de esta valoración positiva y más de fondo, el conocimiento con el necesario detalle de los debates de la vida jurídica norteamericana, como es el caso, es fuente de utilidad para el lector interesado: se hace fuente de inspiración para repensar los propios problemas jurídicos. Porque lo sustantivo del Derecho es siempre igual aunque el tipo de sociedad sea distinto. Especialmente, cuando nos encontramos con exigencias básicas de cada persona que tienden a abrirse camino, con las debidas garantías jurídicas, en la vida de su propia sociedad.

Aun cuando es bien conocido en el ambiente jurídico continental la importancia principal de la función judicial en el Derecho anglosajón, sin embargo, es provechoso detenerse en una valoración extensa, asentada en análisis rigurosos, de la vida de un sistema jurídico en el que los jueces tienen una posición tan decisiva. Es, en cierta manera, un modo de *experimentar* ese Derecho vivo. En este ámbito tan complejo no me parece lo mejor, en principio, pretender importar posibles soluciones o instituciones concretas de un sistema jurídico a otro. El beneficio para el trabajo jurídico en el propio sistema estará más bien, en términos generales, en lo que supone de luces inspiradoras para nuevos enfoques o replanteamientos. Recuerdo ahora unas palabras de Navarro-Valls que aunque no tratan exactamente de lo que aquí tratamos, tie-

nen una relación con este discurso en términos más generales, y entiendo que es oportuno traerlas aquí: «...de lo que se trata, no es tanto de importar soluciones globales de sistemas con base histórica diversa, sino perfeccionarlos en sus respectivas áreas geográficas»<sup>3</sup>. En todo caso, desde la sensibilidad jurídica continental europea, al leer el libro, puede verse de cerca un problema clásico: el de que en la tradición jurídica anglosajona el juez tiene unas relaciones con la ley más liberales, podría decirse, que en el continente europeo. No es difícil pensar que, en concreto, la jurisprudencia de los Estados Unidos, por la característica del sistema jurídico en la que está integrada, podría generar una cierta inseguridad jurídica para los ciudadanos, en la medida en que el poder del juez, en alas de su creatividad, marca, en ocasiones, distancias con la ley.

Este libro de José Ignacio Rubio, por otra parte, muestra una acusada tendencia a lo exhaustivo. Desde luego es virtud de toda buena investigación. Siempre que no se investigue más de lo que es razonable en el género empleado o más de lo que se pretende conocer, supuestos unos previos y determinados objetivos de investigación. En esto, se deja ver la brillante tesis doctoral que sostiene el libro. Quizá lo que es exigible en una Tesis doctoral puede resultar a veces excesivo en un trabajo ya publicado. Sobre todo en la medida en que una extremada amplitud analítica puede ser, de hecho, una objetiva dificultad para que un buen trabajo se haga de difícil lectura; y por tanto de menor aprovechamiento de sus aportaciones del que sería deseable.

Se nos presenta en el libro una interesante información de un pasado reciente. La operación jurídica tiende a comprender y resolver los problemas de justicia que se hacen presentes. Para este fin, los futuribles o valoraciones hipotéticas sobre el futuro no interesan al jurista de modo inmediato. Y la historia del Derecho, aun dando solidez y claridad al trabajo jurídico del día a día, no es estrictamente Derecho, en el sentido de que trata de un Derecho que ya no está en vigor. Así pues, nuestro libro es ya un trabajo histórico, en cuanto el período Rehnquist ha terminado en 2005. Aun cuando el libro se escribe cuando Rehnquist es todavía Presidente del Tribunal Supremo (cfr. p. 223). Sin embargo, es una historia contemporánea y muy cercana a nuestro día a día, por lo vivo de los temas y el modo actual con que se presentan.

Es bien conocido en el Derecho Eclesiástico español que Rubio López no es de los primeros pioneros en transmitir con altura y amplitud el interés de la

<sup>3</sup> R. NAVARRO-VALLS - R. PALOMINO, *Estado y Religión. Textos para una reflexión crítica*, Ariel Derecho, Barcelona 2003, 445.

realidad jurídica de los Estados Unidos en materia de libertad religiosa. Sólo recordando algunos nombres no es posible olvidar a Gloria Morán, José María González del Valle, Javier Martínez-Torrón, Rafael Palomino, Oscar Celador, Eugenia Relaño, Ana María Vega. Y más recientemente a Carmen Garcimartín (cfr. p. 21). Pero pienso que, incluso en este brillante contexto, no es exagerado decir que el trabajo que estamos comentando, por varias de sus características, ha pasado a ser y constituye ya un referente en este ámbito.

## 2. LA DESEADA SÍNTESIS DE LAS ÚLTIMAS PÁGINAS

En cierto modo, el autor parece haber pretendido una síntesis, bien estructurada, completa y profunda, del tratamiento de la libertad religiosa en los Estados Unidos a partir de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, sin descuidar la doctrina principal y la legislación específica que, en el ámbito federal, fue apareciendo. Todo esto en un período concreto: 1986-2005, que coincide con la presidencia del Alto Tribunal del magistrado William H., Rehnquist. Si se ha pretendido esa síntesis, habrá que decir que ha resultado una *síntesis extensa*. Y quizá pensemos: ¿pero una síntesis extensa es realmente una síntesis?

La introducción del trabajo de 692 pp. en realidad se amplía hasta la p. 96. Ahí empieza el sistemático trabajo analítico. Empezando concretamente con el examen de la jurisprudencia relativa a la cláusula de no establecimiento, en materia educativa. Más en concreto poniendo la atención en la financiación de la escuela religiosa y en la oración en la escuela pública. Al final del libro se encontrará la verdadera y sabrosa síntesis (pp. 565-592) de las abundantes páginas precedentes.

Las casi cien primeras páginas a las que acabo de referirme, al menos saben a introducción. Ciertamente, una introducción que se hace cada vez más específica. Y hasta cierto punto seguramente necesaria para un jurista no norteamericano. Es un comentario general e interesantísimo del contexto y características de la Corte Rehnquist que ayuda a entender los problemas concretos y las argumentaciones que van a analizarse sucesivamente. Desde luego pone al lector en condiciones de respirar la atmósfera de nuestro tema antes de iniciar la inmersión en los análisis rigurosos de sentencias de la Suprema Corte, de modo sistemático y con rigor académico. Sin embargo, una vez producida la *inmersión* en las resoluciones judiciales de los pleitos y de los diversos elementos jurídicos relacionados a los que se atiende, el probado y meritorio esfuerzo del autor en explicar acabadamente, en lo esencial, los diversos factores



intervinientes no consigue siempre su propósito. Si el esforzado lector retoma la lectura del libro algún tiempo después de las últimas páginas leídas puede encontrarse en una dificultad notable de comprensión. Ésta no impide, desde luego, tratar de actualizarse, releyendo páginas anteriores; incluso muy anteriores. Un ejemplo de lo que acabo de decir pueden ser las pp. 411 y ss.

En fin, abundantísimos análisis a lo largo de cientos de páginas, en los que se ha de perseverar con la esperanza de ver una luz de conjunto, que efectivamente llega. Quizá una cierta ascesis de renuncia en el número y detalle de contenido de tantas sentencias y de tan divergentes posiciones doctrinales, podría haber facilitado más la comprensión del conjunto y la síntesis personal en el lector. Con todo, se aportan tantas ideas interesantes que el lector puede quedar implicado, incluso apasionadamente, de modo más estrecho en las valoraciones y argumentaciones que lee.

### 3. UN SISTEMA JURÍDICO DIFERENTE QUE, EN EL FONDO, SE OCUPA DE PROBLEMAS PARECIDOS

Volvemos ahora a recordar lo que ya se dijo en el primer apartado de este comentario sobre algunos rasgos generales de la obra. Las páginas de José Ignacio Rubio nos ofrecen un depósito fecundo de ideas sugerentes. El autor del libro demuestra conocimiento amplio y profundo de la materia estudiada. Capta con agudeza diferencias de matiz en las diversas intervenciones del Tribunal Supremo, al examinar y comparar argumentaciones en unas y otras sentencias; y en las posiciones particulares de los magistrados que forman parte del Tribunal, ya en el disenso de la posición mayoritaria expresada en la sentencia y publicada oficialmente junto a ésta, ya en libros o artículos de revistas de carácter jurídico o en otras publicaciones. Los que tenemos como propia esta parcela del Derecho del Estado que es el Derecho Eclesiástico hemos ido adquiriendo nuestros propios criterios más o menos consolidados en los temas que son objeto de nuestro trabajo e interés común, para muchos de nosotros en los ámbitos científicos del marco europeo, principalmente continental, y español en particular. Pues bien, pienso que es fácil alcanzar, casi imperceptiblemente, una comprensión más amplia de lo que ya conocemos, gracias a la lectura reposada y atenta de nuestro libro. Precisamente, las informaciones que vamos encontrando en sus páginas, y, en especial, las que surgen del ámbito jurisprudencial, es decir, de la función judicial, que se ocupa de resolver los problemas jurídicos concretos planteados en el día a día, nos faci-

litan también, junto a la mera información, una renovación de los propios enfoques, en problemas en parte semejantes a los estudiados de modo más habitual por muchos de nosotros.

Junto a los aspectos semejantes entre el sistema norteamericano y el español, por ejemplo, se hace patente también la distancia notable en el modo de acercarse a las piezas básicas del propio sistema y de plantear las posibles soluciones a los problemas que se presentan. Una cosa es el encuentro coincidente con las exigencias de firmeza y garantía del indudable derecho de libertad religiosa. Otra cosa es participar en determinados argumentos o posicionamientos doctrinales: aquí a veces los puntos de vista pueden resultar muy alejados entre sí.

Resultan interesantes los diversos criterios que la jurisprudencia de la Corte Suprema ha ido presentando como útiles para resolver, en conformidad con la Constitución, problemas de tensión entre el libre ejercicio de la religión y la cláusula de no-establecimiento de una religión. La autoría creativa de estos criterios orientadores para el análisis y la ponderación se debe a diversos magistrados y frecuentemente aparecen ligados a alguna sentencia que marca un hito en la evolución jurisprudencial. En la línea jurisprudencial de interpretación de la *establishment clause* han ido apareciendo tres propuestas características: el *Lemon test*, el *endorsement* y el *coercion test*. Entre otros lugares, se explica el contenido de esas propuestas de análisis en las pp. 94-95. Aquí nos fijamos tan sólo en aspectos que se subrayan a la hora de juzgar el justo equilibrio en la aplicación de las dos cláusulas de la 1ª enmienda constitucional relativas a la presencia de la religión en la sociedad civil. Así, p. ej., la atención se propone ponerla en la *finalidad secular* o no de una ley o una conducta gubernamental; en si el primer o principal efecto de esa acción del Estado es el avance o bien la prohibición de la religión, o no; en si esa intervención del aparato público supone una *excesiva vinculación* entre gobierno y religión; si se da o no, en el caso a estudiar, un *respaldo* (*endorsement*) o bien una *desaprobación* del Estado a la religión; si la medida pública es *neutral*, y si queda o no *comprometida* (*coercion test*) la garantía constitucional del no-establecimiento.

Es claro que la Constitución federal de los Estados Unidos, por la 2ª cláusula, la del no-establecimiento, prohíbe promover la religión desde el Estado. Pero entiendo que pueden darse casos perfectamente constitucionales de aceptación pública de textos, fórmulas, costumbres, instituciones, etc., que aun teniendo un origen y un sentido religioso, sin embargo, este sentido religioso no sea ya exclusivo sino compartido con otros significados compatibles:

ya sean artísticos o de valor social tradicional. O puede darse, con otras palabras, que estas realidades de origen o sentido principalmente religioso acojan en su desarrollo histórico una dimensión secular, que incluso puede hacerse socialmente preponderante, al menos en muchos aspectos. Y la promoción pública de esos bienes socialmente enraizados y valorados puede ser constitucionalmente legítima. En estos casos no se estaría promoviendo la religión desde el Estado sino valorando y protegiendo realidades e instituciones de aceptación general. Y, considerando la Constitución, con una razón de ser no religiosa sino secular. En su momento, el Tribunal Constitucional español argumentó en sentido semejante a lo aquí apuntado, al tratar del descanso semanal común del domingo; institución de origen cristiano que, sin dejar su significado religioso plenamente actual para los fieles cristianos, tiene también, en su significación secular, una aceptación generalizada, socialmente arraigada. Como señaló el TC en la sentencia a la que aludo no es admisible mantener que ese descanso laboral en el domingo, que sigue teniendo un carácter general, aunque no imperativo, sea una reminiscencia de una confesionalidad del Estado, ya constitucionalmente inexistente y superada. Es otra la razón que la legítima en el actual Estado social y democrático de Derecho<sup>4</sup>.

#### 4. UN TEMA PERMANENTE: LA REQUERIDA ARMONIZACIÓN DE LAS EXIGENCIAS DE LA LIBERTAD RELIGIOSA Y DE LA LAICIDAD (O LA LLAMADA NEUTRALIDAD)

Examinemos en primer lugar algunos hitos significativos de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en nuestro tema. Buscando la claridad podemos introducirnos con una brillante síntesis de Rubio: «Durante los años Warren (1953-1969) se mantuvo la firme separación en la comprensión de la *establishment clause*, pero se operó con una visión generosa de la cláusula de libre ejercicio. La Burger Court (1969-1986) mantuvo el muro de separación en relación con la cláusula de no-establecimiento, pero fue debilitando la esfera del libre ejercicio. Finalmente, bajo la presidencia de Rehnquist (1986-2005), el Supremo ha venido trabajando con una lectura restrictiva de la cláusula del *free exercise* (el principio de neutrali-

<sup>4</sup> J. CALVO-ÁLVAREZ, Cap. IV, *La presencia de los principios informadores del Derecho Eclesiástico español en las sentencias del Tribunal Constitucional*, en AA.VV., *Tratado de Derecho Eclesiástico*, Instituto Martín de Azpilcueta. Facultad de Derecho Canónico, Universidad de Navarra, Pamplona 1994, 264-265.

dad formal de Scalia) y con una visión menos fuerte del no-establecimiento (permitiendo diversas adaptaciones: *acommodations*). En estos límites (frágil *free exercise* y débil *establishment*) se ha planteado el debate sobre libertad religiosa en los últimos años» (p. 37; cfr. p. 52).

Aunque se trata de una observación que sale varias veces en este comentario, el tratamiento jurisprudencial de la libertad religiosa en Estados Unidos está condicionado por las dos cláusulas de la 1ª enmienda a la Constitución referidas a la religión en la sociedad norteamericana. Y más concretamente por la dificultad de su intelección unitaria; o, con otras palabras, por la falta de empeño suficiente, quizá, en tratar de comprender la razón que está en el fundamento de su dualidad, evitando interpretaciones unilaterales tanto de una cláusula como de la otra. Pero de ese necesario empeño en orientarse hacia una interpretación armónica de ambas cláusulas hablaremos más adelante.

Entiendo que puede ser útil aquí detenernos en lo que viene a significar el término de *neutralidad* en materia religiosa tanto en la jurisprudencia como en los debates doctrinales. Y esto, en la medida en que afecta directamente al tratamiento del libre ejercicio de la religión, punto que parece el nuclear.

##### 5. RASGOS DE LA DEBIDA NEUTRALIDAD DEL ESTADO CONSTITUCIONAL EN MATERIA RELIGIOSA

Es claro que el ordenamiento jurídico norteamericano, en nuestra materia, tiene que moverse en un delicado equilibrio para ni establecer la religión ni prohibir su libre ejercicio. Ésta es la imperatividad constitucional introducida por la 1ª enmienda. La jurisprudencia utiliza sobre todo el término *neutralidad* más que el de *laicidad*. Este último aparece más en la doctrina, aunque el término *neutralidad* sigue siendo el predominante. La *neutralidad* suele ir acompañada de diversos adjetivos que la cualifican en un sentido u otro y con los que se pretende distinguir el sentido principal de la referida *neutralidad*. Ésta puede ser estricta, benevolente, formal, etc. La más característica es la *formal* promovida por el magistrado Scalia y que es asumida por el Tribunal Supremo a partir de la decisión *Smith* (1990). Esta sentencia fue redactada por Scalia y contó, entre otros, con el voto favorable del entonces Presidente Rehnquist (cfr. p. 276). Ese nuevo criterio jurisprudencial de la *neutralidad* formal se consolida con la decisión *Lukumi* (1993). Estamos ante una nueva orientación de la jurisprudencia frente a los criterios anteriormente imperantes (el estricto escrutinio) centrados en las exigencias de una cuidadosa pon-

deración entre el derecho al *free exercise* y el interés público expresado en la norma o actividad gubernamental, una tarea entonces particularmente delicada y laboriosa para el juzgador. En cambio, desde 1990 (*Smith*), con el nuevo criterio de la neutralidad formal, se concede por el Tribunal a la actividad de los órganos legislativos y ejecutivos del Estado una consideración, en principio, prevalente; es decir, prevalecerá, en principio, en el conflicto, la ley o la acción del Gobierno o Administración pública, siempre que estemos ante medidas neutrales y de general aplicación. Con el criterio de la neutralidad formal el tribunal sólo deberá constatar que la norma o medida de que se trate es, en efecto, de índole general o neutral. Así, con este nuevo criterio para resolver un conflicto sobre el libre ejercicio de la religión, éste podrá ceder ante el respaldo dado por la jurisprudencia a las normativas o prácticas neutrales o de general aplicación. «Atrás quedaba la operación de balance que se había mantenido desde 1963. En *Sherbert* la USSC (la Corte Suprema de los Estados Unidos) había apelado a la necesidad de proceder a un estricto escrutinio cuando estuviera en juego esta libertad preferente. Según este examen, el interés público alegado debía ser suficientemente poderoso (*compelling state interest*) y representar la medida menos restrictiva (*least restrictive means*) si deseaba prevalecer sobre el derecho de *free exercise*» (pp. 25-26).

Con este cambio de criterio jurisprudencial preponderante, que tiene como efecto una restricción del libre ejercicio de la religión, vemos de modo patente la necesidad de difundir más un adecuado conocimiento y valoración del contenido y exigencias del derecho de libertad religiosa. En la medida en que no es así su protección decae junto con la de la libertad y dignidad personal. Si la idea de lo que es y supone la libertad religiosa es pobre o se contempla en términos minimalistas, el hábito condescendiente ante la iniciativa secularista del Estado puede llevar a arrinconar la libertad personal y social en este específico campo de la libertad religiosa.

Por su parte, la llamada neutralidad estricta mantiene que el poder público no debe tener ninguna relación con la religión (cfr. p. 103). Por esto, no es admisible, en esta visión, el balance, o examen riguroso en cada caso, entre el interés religioso y el estatal (cfr. pp. 259-260).

Así las cosas la neutralidad formal de Scalia aparece como más moderada que la estricta. Ciertamente es que, al menos en principio, el interés del Estado pasa a gozar de un favor preferente. Aunque, desde luego, siempre que la norma o acción estatal no discrimine a una determinada confesión (cfr. p. 171). Sin embargo, esta protección resulta insuficiente si entendemos que la libertad reli-

giosa tiene un sentido positivo y no sólo negativo: no puede reducirse la protección del sujeto del derecho de libertad religiosa a no ser discriminado (cfr. pp. 285-288 y, particularmente la posición del magistrado Blackmun).

Parece, pues, que la aplicación del criterio de la neutralidad formal descomplica, desde luego, la función del juzgador. Al tiempo facilita que el legislador y el sujeto de la actividad administrativa se muevan con mayor soltura en la medida en que se mantenga como prevalente el referido criterio en la Jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal. Pero no es difícil pensar que en esta situación el libre ejercicio de la religión quede más fácilmente desprotegido.

Scalia quería evitar la operación de balance entre el derecho de libre ejercicio de la religión y el interés del Estado en los supuestos concretos a juzgar. Ciertamente consiguió que su criterio se impusiera en el Tribunal Supremo. Ha pretendido así evitar la multiplicación de supuestos de *free exercise* (cfr. p. 279); es decir, la posible multiplicación de exenciones (*exemptions*) en la aplicación de la ley.

El término *exención*, y supuestamente el concepto que está en el origen del empleo de este término, si es que la traducción de *exemptions* es adecuada, a mi juicio no facilita claridad en el planteamiento del problema. Parece indicar una excepción «odiosa» en la aplicación de la ley; y esto por motivos religiosos. Cuando la ley, precisamente, es expresión de la voluntad social que busca el bien de todos. Ninguna objeción hay a que la ley deba ser aplicada, desde luego. Pero esto que cae por su propio peso es así sin perjuicio de los derechos de especial rango constitucional; salvo, a su vez, razones fundadas de orden público. Y no hay que olvidar que una noción ajustada de orden público a veces no coincide con una determinada legislación o actuación administrativa. Como antes comenté, pienso que uno de los principales problemas a los que hay que hacer frente es la falta de valoración adecuada de lo que es y exige el derecho de libertad religiosa; que es derecho de todos y no sólo de los que aparecen ejerciéndolo en un caso concreto y que, en cierto modo, pueden representar una minoría ínfima en el conjunto de los grupos sociales de la Nación. Desde luego, con la neutralidad formal la jurisprudencia en materia religiosa aparentemente prescinde de obstáculos innecesarios; o, al menos, facilita el desarrollo de una función judicial más pacífica y sencillamente ejercida. Pero también las libertades de expresión y manifestación, p. ej. originan *molestias* al Estado. Y sin embargo éste, si es un Estado democrático de Derecho, no puede dejar de aceptar, como un asunto de base o de principio, estas *anomalías* en el discurrir diario de la vida social. Aparte de lo dicho, la mayoría de

las leyes prevén excepciones, no por debilidad de la ley sino como expresión de la justicia a la que la ley está obligada a servir.

Antes de seguir adelante parece oportuno apuntar algunos datos interesantes que tienen que ver con lo que venimos considerando y que el lector interesado en la obra comentada puede comprobar por sí mismo. Concretamente, los profesores McConnell y Laycock se han mostrado particularmente críticos con el principio de neutralidad formal (cfr. p. 521). McConnell destaca la insuficiencia del criterio de neutralidad: puede haber unos esquemas, en principio, neutrales en la acción del gobierno pero que interfieran en la doctrina interna de una organización religiosa (cfr. p. 519, nt. 295). Por su parte, Laycock, en la crítica que hace de *Smith*, muestra unas valoraciones que entiendo acertadas sobre la sustantividad y especificidad del derecho de libertad religiosa (cfr. p. 294). A su vez, Scalia ha sido también influyente en su idea de considerar al legislativo como el poder del Estado más indicado para establecer excepciones a la norma general. Al optar por esta solución, desde luego el Poder judicial quedaría descargado de una responsabilidad de particular enjundia.

Antes de terminar estas aclaraciones sobre el sentido del concepto de neutralidad en la jurisprudencia y doctrina norteamericanas podemos detenernos en el sentido que tiene la llamada neutralidad benevolente. Esta calificación de la neutralidad como *benevolente* tiene su origen en una sentencia del Tribunal Supremo de 1970 (*Walz*). El fundamento para esta interpretación menos estricta o más moderada de la neutralidad se encuentra en la valoración del hecho del pluralismo religioso en la sociedad norteamericana. Además se tiene en consideración el creciente intervencionismo estatal. Así, con esta neutralidad benevolente se busca superar el «muro de separación» entre las entidades religiosas y el Estado para hablar más bien de relaciones entre las Iglesias y el Estado. Este tipo de neutralidad se entiende que permite la colaboración (cfr. p. 532; también p. 588 en la que es interesante ver la opinión favorable a esta interpretación por parte del autor de la obra que comentamos).

#### 6. ALGUNAS LÍNEAS DE INTERPRETACIÓN QUE INTENTAN PRECISAR LA PROHIBICIÓN CONSTITUCIONAL DE LA 2ª CLÁUSULA PARA NO AMPLIAR DESMESURADAMENTE EL LÍMITE DE LA 1ª ENMIENDA

Ya vimos más arriba que en materia de libertad religiosa, en un sentido amplio, se dan en la jurisprudencia de los Estados Unidos dos series distintas. Es decir, que según se entienda por el Tribunal que una o la otra cláusula es la



principalmente implicada en el asunto de que se trate, esa sentencia pasaría a engrosar una u otra de las dos series o líneas jurisprudenciales: la directamente referida al *free exercise* y la centrada en el *no-establecimiento*. Son líneas distintas aunque naturalmente relacionadas. Digamos que se relacionan ambas líneas jurisprudenciales de modo semejante a como lo hacen los conceptos de libertad religiosa y el principio de laicidad del Estado.

En la jurisprudencia del *no-establecimiento* se fueron consolidando algunos criterios instrumentales de análisis judicial. En la Corte Rehnquist son éstos: *Lemon test* (su origen en la decisión *Lemon*, 1971), *endorsement* y *coercion test* (cfr. p. 152). El primero (*Lemon*) consiste en tres comprobaciones para dilucidar si la medida (legislativa o gubernamental) no contradice la exigencia constitucional del no-establecimiento: 1) si existe un propósito secular en la medida; 2) si ésta provoca un efecto neutral, es decir, que ni hace avanzar ni prohíbe la religión; y 3) si hay una ausencia de vinculación excesiva (*entanglement*) entre la Iglesia y el Estado (cfr. p. 57, nt. 32). Hay que tener en cuenta que, con frecuencia, la aplicación del *Lemon test*, como los test de uso jurisprudencial en general, producen resultados de sentido opuesto según la posición o punto de vista desde el que se usan; es decir, recurriendo al mismo test el contenido de las argumentaciones y conclusiones puede ser contrario; ya sea, p. ej. la parte demandante la que argumenta o bien lo sea la parte demandada (cfr. p. 148).

El segundo de los criterios usados en la jurisprudencia del no-establecimiento, como hemos visto, es el *endorsement test*. Éste fue propuesto por la magistrada O'Connor en 1984. Pretendió corregir el tripartito test de *Lemon*. Concretamente, su 2º elemento. La corrección consistía en valorar si la normativa o práctica examinada suponía un respaldo (*endorsement*) a la religión o no (cfr. p. 60, nt. 39). Así, O'Connor planteaba que no toda ayuda a la religión quedaría prohibida por el no-establecimiento sino tan sólo la que respaldara (*endorsement*) una religión (cfr. p. 239). En términos generales, esta postura interpretativa de la magistrada no es una postura solitaria en la doctrina.

Hay otras opiniones que, en cierto sentido, pueden considerarse similares. Así, la que mantiene que la cláusula de no-establecimiento prohibiría una ayuda preferente a una religión determinada pero no prohibiría la ayuda destinada a todas las religiones de modo imparcial (cfr. p. 526). Hemos visto que Scalia, en la jurisprudencia del libre ejercicio de la religión, restringe, de hecho, la libertad religiosa efectiva, con su criterio de la neutralidad formal. En cambio, al interpretar la cláusula del no-establecimiento la entiende como prohibitiva de preferencia y de coacción; pero fuera de esos límites, pueden ser



posibles e incluso exigibles ayudas diversas que puedan darse a la religión. Pues bien, en este contexto suele apelarse a los padres de la nación (*framers*) para poner en evidencia que es claro que no entendieron la referida cláusula del no-establecimiento como algo propiamente negativo, beligerante u hostil hacia los grupos religiosos. Y que por tanto aquella actitud de los orígenes no es acorde con el rechazo absoluto, siempre y en todo caso, ante posibles ayudas a los grupos religiosos (cfr. pp. 92-93). Aquí podemos traer a nuestra consideración el punto de vista del magistrado Kennedy, respecto a una sentencia de 1989, ante la que en parte concurría y en parte disenta de la mayoría. En esta sentencia se ponía a consideración del Tribunal Supremo la constitucionalidad de dos muestras de carácter religioso, una cristiana y otra judía, en tiempo de Navidad; una era un Nacimiento y la otra una *menorah* (el Candelabro de 9 brazos); una en las escaleras de un edificio público y la otra junto a un gran Árbol de Navidad, en lugar cercano a un edificio público. Kennedy sostenía que una vez comprobado que están a salvo las exigencias de la cláusula del no-establecimiento queda abierta la posibilidad a una flexible adaptación o pasivo reconocimiento de los símbolos religiosos aceptados por la herencia nacional. De lo contrario, se haría de esa cláusula una expresión de *injustificada hostilidad* hacia la religión. (cfr. pp. 135-136).

José Ignacio Rubio, con el crédito que merece por su profundo y extenso trabajo, expresa clara y sintéticamente, aunque de pasada, su comprensión del sentido originario de la introducción de la doble cláusula en la Constitución norteamericana: el texto de la 1ª Enmienda al que nos referimos aquí indica «la importancia del ejercicio de la religión, por la que se había sufrido persecución (*free exercise clause*), y la necesidad de evitar nuevas amenazas (*establishment clause*) a tal ejercicio» (cfr. p. 495 y p. 513, nt. 269).

## 7. DE NUEVO CON LA ATENCIÓN PUESTA EN LA RELACIÓN ENTRE LA LIBERTAD EN MATERIA RELIGIOSA Y LAS EXIGENCIAS DEL ESTADO LAICO

Una vez examinados con algún detalle algunos principales criterios del Tribunal Supremo sobre la suficiente garantía del contenido de ambas cláusulas, ponemos de nuevo nuestra atención en un tema de fondo, en materia religiosa, en la vida constitucional de Estados Unidos. Podemos resumirlo en términos generales así: la relación entre la garantía de la libertad religiosa y las exigencias del Estado laico.

En los años 60 del siglo XX el libre ejercicio de los derechos de libertad, incluido naturalmente el derecho de libertad religiosa, estaban en alza en cuanto a su valoración y a las medidas para garantizarlos con suficiente eficacia. En este tiempo, en concreto en 1963 con la decisión *Sherbert*, tiene su origen un *test*; es decir, como sabemos, un modo o método de orientar el trabajo judicial de los magistrados en la resolución adecuada de los casos de libre ejercicio de la religión, test denominado del *estricto escrutinio*. Rubio López lo define claramente de esta manera: «la operación del Tribunal relativa a normativas o prácticas administrativas de carácter neutral y secular que, sin embargo, entran en conflicto con los mandatos de una particular religión por exigir del creyente una acción que su confesión le prohíbe o la omisión de una conducta que debe realizar por imperativo religioso. En estos casos el escrutinio supone la valoración de los dos intereses en juego, de modo que el estatal vence cuando puede demostrar su carácter esencial o poderoso, sin que existan otras alternativas para el logro de ese fin. En caso contrario quien sale vencedor es el interés creyente, debiendo asegurarle una *exemption* a la que constitucionalmente tiene derecho» (pp. 248-249). Este test, podría decirse, era instrumento del principio del *favor libertatis*, al imponer la carga de la prueba al Estado para demostrar ante el Tribunal que era necesario, en el caso concreto tratado, limitar el libre ejercicio de la religión. Pues bien, en la Corte Rehnquist, en cambio, podría quizá decirse que el Estado se ha encontrado mejor tratado: de aquellas exigencias para el Estado del *estricto escrutinio* a la posición particularmente respetada de que ha gozado al aplicarse el criterio de la *neutralidad formal*, que ya hemos considerado. Y la libertad religiosa ha pasado inversamente de estar protegida a estar, de hecho, desprotegida ante la ley o disposición gubernamental, en principio neutral en cuanto a la religión, mientras no se demuestre lo contrario. Siendo esto así ¿no se verá necesario superar el criterio demasiado *formal* de la neutralidad formal para buscar una cierta neutralidad *positiva*, en el sentido de un criterio que no acepte una neutralidad que sea incapaz de interesarse activamente, al máximo posible, del legítimo y constitucionalmente reconocido libre ejercicio de la religión? En este sentido resultan francamente interesantes los comentarios de Laycock con ocasión de la decisión *Smith* y más concretamente el resumen de uno de sus trabajos más claros y completos al que Rubio hace referencia (cfr. pp. 292-296). Llama también la atención la amplia reacción legislativa a nivel no sólo federal sino también estatal a partir de la decisión *Flores* (1997); sentencia ésta que puede entenderse como la consolidación de la doctrina *Smith* (cfr. p. 356). Se buscó decididamente defender la libertad

religiosa y tratar de restablecer el criterio del *compelling state interest* (cfr. pp. 369-370), frente al insuficiente criterio de la neutralidad formal.

#### 8. LA NECESIDAD DE UNAS PRIORIDADES EN LA INTERPRETACIÓN DE LOS PRINCIPIOS O VALORES

Una ley, y de modo especial una Constitución, como ley suprema, debe ser interpretada de un modo unitario, en virtud de sus principios básicos e informantes; como factores fundamentales expresivos del sentido unitario del texto, en cuanto unidad normativa. Para lograr una interpretación así habrá que tratar de descubrir cuál o cuales son los principios prioritarios de un sistema, sin perjuicio de tener en cuenta todos los que han de ser considerados<sup>5</sup>. Si no se procura llevar a cabo este tipo de operaciones interpretativas, la aplicación de la norma se hace difícil y el mismo texto se hace oscuro. Esta dificultad se deja ver en la doble línea jurisprudencial del Tribunal Supremo norteamericano, según se considere por éste, al atender un caso judicial, como un caso perteneciente al ámbito de una o de la otra cláusula constitucional, relativas ambas al régimen de libertad religiosa sancionado por el Derecho de la Nación. Y la armonía original entre ambas cláusulas se hace más difícil de descubrir. Este enfoque diverso, en función de una cierta lógica parcial, según la línea jurisprudencial referida más directamente a una u otra cláusula, «es el que ha mantenido la disociación de principios y criterios en los casos de *free exercise* y de *establishment*» (p. 220).

Ya en los años 60 del siglo pasado Giannella advirtió de la necesidad de hacer una lectura unitaria de las dos cláusulas. Éstas se presentaban en tensión «como consecuencia de la creciente esfera de intervención pública que afectaba tanto al libre ejercicio como al no-establecimiento» (p. 259).

Por otra parte, la *era*, si es posible hablar así, de los derechos fundamentales, ha introducido en la formación de todo jurista, al menos durante un cierto período de tiempo<sup>6</sup>, la convicción de que los derechos de libertad, y entre

<sup>5</sup> Con una orientación distinta, cfr. J. FERRER ORTIZ, *Los principios constitucionales de Derecho Eclesiástico como sistema*, en *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudios en memoria del profesor Pedro Lombardía*, Universidad Complutense de Madrid-Universidad de Navarra, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid 1989, 309-322.

<sup>6</sup> Sobre el actual período o edad de los llamados «nuevos derechos», cfr. M. CARTABIA, *I «nuovi diritti»*, OLIR (Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose) / CESEN, [www.olir.it/areetematiche/166/documents/cartabia\\_relazione\\_2010\\_roma\\_cesen.pdf](http://www.olir.it/areetematiche/166/documents/cartabia_relazione_2010_roma_cesen.pdf).

ellos el de libertad religiosa, no son en ningún caso unas concesiones benéficas del Estado para cada persona y para el conjunto de la sociedad. Si los derechos fundamentales, como derechos reconocidos por el Estado de Derecho y no concedidos, se siguen viendo con el fuerte sentido en que fueron formulados, la libertad religiosa deja de ser percibida en su verdadero carácter, cuando su protección garantizada es considerada, a lo más, como una excepción graciosa respecto a los deberes comunes a todos. Es decir, una especie de privilegio práctico, en lugar de como un derecho de carácter pre-político (cfr. p. 264, nt. 62, *in fine*). La salvaguardia del orden establecido por el Derecho no puede minimizar las legítimas expresiones personales y sociales de libertad; y la libertad religiosa es una de las principales de la sociedad políticamente organizada. La magistrada O'Connor, al exponer su disenso respecto a los votos de la mayoría del Tribunal en la decisión *Flores*, afirma que «la cláusula (se refiere al libre ejercicio) es mejor comprendida como una garantía afirmativa del derecho a participar en prácticas y conductas religiosas, sin sufrir una no permitida interferencia gubernamental, incluso cuando tales conductas entraran en conflicto con leyes neutrales y de general aplicación». Y sigue diciendo más adelante: «las cláusulas religiosas representan un profundo compromiso con la libertad religiosa. Los Fundadores de nuestra Nación concibieron una República que fuera receptiva a la expresión religiosa voluntaria, no una sociedad secular en la que la expresión religiosa fuera tolerada sólo cuando no entrara en conflicto con una ley de general aplicación» (p. 359). Es preciso, pues, que el Estado de Derecho considere que la garantía efectiva de los derechos fundamentales *funda* el sistema en fuerte medida y que, en consecuencia, esos derechos básicos deben ser sólidamente garantizados<sup>7</sup>.

Al principio de los últimos años 90, Glendon y Yanes, buscando una interpretación coherente y no diseccionada de las dos cláusulas de la 1ª Enmienda sostuvieron que el lenguaje religioso que se contiene en ésta está al servicio de una única libertad fundamental: el libre ejercicio de la religión (cfr. p. 511). Y ampliando la visión, enfocando el contexto constitucional, afirmaron también que «esta Enmienda se incluye en una Declaración de Derechos que forma parte de la Constitución en la que se reconoce la protección de asociaciones e instituciones intermedias como son las Iglesias. Por ello un enfoque estructural supondría reconocer que el *Bill of Rights* no sólo comprende un

<sup>7</sup> Cfr. J. CALVO-ÁLVAREZ, *Los principios del Derecho Eclesiástico español en las sentencias del Tribunal Constitucional*, Navarra gráfica ediciones, Pamplona 1999, 94-95.

catálogo de libertades individuales negativas, sino la protección positiva de estructuras de la sociedad civil como las organizaciones religiosas» (pp. 514-515). Y en esta línea de búsqueda de una coherente interpretación de ambas cláusulas, McConnell aporta también su propia visión: «entiende que la única vía para superar la tensión pasa por reconocer los valores y principios de la Enmienda. Cuando se ha disociado su sentido es preciso recuperarlo a través de la afirmación de su finalidad. Si dos tesis entran en conflicto y producen resultados contradictorios no pueden ser ambas correctas: el intérprete debería decidir cuál es la errónea o buscar una tercera solución que permita integrar las dos anteriores. Por ello –sigue diciendo– es necesaria una interpretación de las cláusulas que las presente de modo complementario y consistente, más que antagónico. El camino sería a través del recurso a su propósito original: la protección de la libertad religiosa y de la diversidad en materia de religión. Por lo tanto –concluye– el peligro a evitar no sería la religión sino la uniformidad religiosa» (p. 515).

#### 9. EL ESTADO: SU REQUERIDO SERVICIO A LA DIGNIDAD Y LIBERTAD DE TODOS

Llegados a este punto, y ya terminando nuestro comentario a la aportación bibliográfica de Rubio López, y teniendo presente el estado inseguro de protección de la libertad religiosa en la jurisprudencia de la Corte Rehnquist, podemos plantearnos el sentido justificador del Estado en cuanto artificio social humano. Éste se justifica en la medida en que se dirige, con pretensión de eficacia, al servicio del bienestar personal y social de todos. Si esto es así, el Estado no puede competir con la sociedad a la que se supone que sirve. El Estado es un servidor, no un competidor de la sociedad en función de la cual existe. Y en cuanto al fenómeno religioso en la sociedad, el Estado laico se justifica como tal siempre que asegure, de un modo más eficaz que en configuraciones ya superadas en el tiempo, la libertad de todos en materia religiosa. El Estado aconfesional, con terminología frecuentemente utilizada por el Tribunal Constitucional español, encuentra su razón de ser en facilitar con mayor eficacia la libertad religiosa de todos<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional 177/1996, 11 de noviembre, Fundamento Jurídico 9, *in fine* en Boletín Oficial del Estado 17-XII-1996. También en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* 188 (diciembre 1996) 106.

Richard John Neuhaus publicó en 1984 un libro en el que trataba de la democracia norteamericana y del papel que la religión desempeñaba en ésta. Su tesis era que la esfera pública, utilizaba la imagen de la plaza pública (*Public Square*), despojada de referencias religiosas, se había convertido en un lugar vacío o desnudo (*naked*). «Pero –al igual que el corazón del hombre– la plaza pública no puede permanecer vacía. Tan pronto como son desechadas las expresiones religiosas, nuevas imágenes pugnan por ocupar su lugar. Una plaza vacía no es posible. En el mejor de los casos sería una realidad transitoria. El agente encargado del control de la esfera pública (el Estado) será el que se ocupe de llenar el vacío dejado por la religión. *De este modo, una perversa noción del desestablecimiento de la religión lleva al establecimiento del Estado como Iglesia*. La amenaza del totalitarismo estatal surge así como una posibilidad real» (pp. 443-444).

Por parte de los contrarios a la presencia de la religión en la esfera pública se ha dicho que es necesario ese silencio de la religión en la plaza pública para evitar violencias. Y se saca a relucir el drama de las guerras de religión (cfr. *ibid.*). Ciertamente, los encargados de la cosa pública tienen que examinar los problemas que se dan o se han dado en la sociedad y buscar soluciones para evitarlos o superarlos. Pero la violencia, para la que hay que prevenirse, no forma parte de la identidad de la religión. Desde luego, la formación intelectual y la educación en general tienden a evitar, entre otras cosas, errores *de bulto* en la conducta humana. Pero entre las medidas conformes a razón no es imaginable que se encuentre una supuesta rigurosa prohibición de pensar. Si alguien disparatado mantuviera esta peregrina solución quizá se pretendiera justificar con balbuceos semejantes: no vaya a ser que pasen cosas... Aunque sea una reflexión elemental puede ayudar la consideración de que sin pensamiento no hay humanidad. Aunque también, sin libertad personal y social deja de existir el necesario ámbito de desarrollo humano.

Desde los pasos constitutivos de la entonces nueva Nación, en los Estados Unidos la religión, tanto en la vida personal como social, se quiso que estuviera protegida en todo caso; y se arbitró una garantía suficiente para que este propósito fuera eficaz, dentro de una sociedad libre. Y así se formuló la 1ª Enmienda a la Constitución, con la doble y clásica cláusula. A mi juicio es claro que el sentido unitario de la 1ª Enmienda en materia religiosa está centrado en lo que hoy conocemos, con terminología asentada, como libertad religiosa; y no está centrado, por tanto, directamente en razones de interés para el Estado limitadoras de la libertad en materia religiosa. Con palabras de Ru-

bio «el no-establecimiento de la religión, lejos de ser un fin en sí mismo, está al servicio del libre ejercicio de la religión» (p. 586). Me parece una puntualización certera que el autor de nuestro libro expone por fin con claridad después de casi 600 densas páginas de análisis pormenorizado de jurisprudencia, doctrina e incidencia legislativa en el panorama relativo a la libertad religiosa en el período de la Corte Rehnquist (1986-2005). Unas páginas más adelante, a partir de la 588, Rubio hará su propuesta conclusiva, bien fundada tras un estudio magnífico, y formulada en términos técnicos que difícilmente pueden ser apreciados en su contenido para quien no haya leído antes los cientos de páginas precedentes, o bien sean buenos conocedores del *status quo* del régimen de libertad religiosa de los Estados Unidos.

#### 10. LA NECESARIA CONSTRUCCIÓN, *DESDE LA LIBERTAD*, DEL SISTEMA JURÍDICO EN UNA SOCIEDAD PLURAL

La libertad es una expresión inseparable de la misma persona humana. El siglo pasado, siglo de experiencias brutales de aplastamiento de la persona y de su libertad, ha sido un siglo en el que se han dado también momentos de exaltación solemne, y con pretensión de garantía firme, de esa libertad de cada persona como inseparable de su misma dignidad. Y la inmunidad de coacción, o libertad *negativa* o defensiva, para cada uno, ha venido a ser contenido esencial de todo derecho fundamental de libertad religiosa. Y así, no sólo las Declaraciones solemnes sino los mecanismos jurídico-constitucionales se han ocupado de defender ese núcleo en cierto modo sagrado de cada persona. Y se ha extendido por el mundo la valoración positiva de estas medidas y su reconocimiento, al menos teórico. Ciertamente que es mucho lo conseguido en la garantía de la libertad humana en su expresión social. Y el mundo del Derecho tiene una parte importante en este hito de la historia del respeto y defensa de la libertad humana. Porque es propio de lo jurídico ocuparse de regular y garantizar aspectos básicos e imprescindibles para la convivencia humana. Con todo, para el reconocimiento efectivo y pleno de la libertad y dignidad de las personas hay mucho más en qué ocuparse. Rubio escribe, en una amplia exposición, no sólo sobre la libertad negativa sino también sobre la libertad positiva. Y también, después, trata de la aplicación de ambos sentidos a la libertad religiosa (pp. 462-491). A pesar, pues, de su carácter imprescindible, la inmunidad de coacción no es el contenido único o exclusivo de la libertad religiosa, aunque sea *conditio sine qua non*. La libertad religiosa, como derecho



fundamental de libertad, requiere también una protección garantizada para poder desarrollarse; eliminando obstáculos o dificultades que la pudieran hacer, en la vida diaria, un derecho puramente formal e inoperante. Y hacer posible esta apertura *positiva* de la libertad, y en concreto de la libertad religiosa, forma parte importante de las funciones propias de lo que entendemos por Estado de Derecho.

Parece oportuno apuntar aquí, aunque sea brevemente, que los derechos fundamentales de libertad no son derechos de libertad innominada o indeterminada, aun cuando pueda hablarse de un *favor libertatis* genérico, como rasgo básico, en la regulación constitucional de los derechos fundamentales. Por el contrario, como no podría ser de otra manera, cada uno de los derechos fundamentales de libertad tiene su propio objeto: la religión, la expresión, la enseñanza. Por tanto, parece evidente que para el legislador constitucional esos objetos de la libertad la dignifican de manera particular y ellos mismos son expresión de valores que la Constitución protege y promueve. Es claro que si la Constitución no los reconociera como valiosos o tan sólo los valorara como algo secundario o, extremando el argumento, como algo casi insignificante, y sólo reconociera como valiosa a la libertad y no a esos objetos específicos de la libertad, entonces sería absurdo que los hubiera reconocido, y regulado en su especificidad, cosa que ha hecho. Tampoco tendría sentido que se hubiera ocupado en garantizarlos con particular eficacia; y sin embargo también se ha ocupado con atención en asegurar la sustantividad de esos derechos con garantías particularmente vigorosas, como todos sabemos (sobre lo que aquí se apunta cfr. pp. 488 y ss.).

Algo más querría anotar antes de terminar este ya largo comentario. Rubio describe en algunas ocasiones, como en las pp. 508 y 575, p. ej., las posiciones contrarias en la interpretación de las cláusulas religiosas de la 1ª Enmienda, calificándolas, a una como una posición secular, y a la otra, como una posición creyente. Es él quien ha estudiado bien una amplia gama de representantes de una y otra posición; y seguramente no le faltan razones para calificar las posiciones respectivas de esta manera. Sin embargo, me cuesta aceptar, al menos, en teoría –y desearía que no fuera sólo en teoría– que una razonable posición *secular*, en el permanente debate, sea incompatible con una actitud favorable a la importancia de garantizar el libre ejercicio de la religión. Y, por otra parte, que dentro del grupo clasificado como *creyente* falte una suficiente valoración de las exigencias por las que todo Estado debe velar. Quizá las posiciones pudieran enmarcarse más bien entre los que buscan la garantía de una ver-



dadera libertad religiosa para todos y los que, por diversas razones, no comparten esa necesidad y la ven como un cierto elemento perturbador para el orden social del Estado, que, por tanto, habría que limitar al máximo posible. En definitiva, en esta segunda posición, si de lo dicho se tratara, se daría una falta de valoración preocupante del valor de la libertad humana, como si ésta fuera un factor desestabilizador para un recto diseño secular del Estado.

En la p. 9 de esta magnífica obra de consulta, que aporta abundante riqueza al lector atento, se recogen unos párrafos del famoso John Stuart Mill tratando de la libertad. Éstas son sus palabras: «El valor de un Estado, a la larga, es el valor de los individuos que lo componen (...) un Estado que empequeñece a sus hombres, a fin de que puedan ser más dóciles instrumentos en sus manos, aun cuando sea para fines beneficiosos, hallará que con hombres pequeños ninguna cosa grande puede ser realizada». Hermosas palabras que hablan algo de la grandeza de la libertad. Aun cuando no destaquen, al menos directamente, el rango *personal* de esos individuos. Y tampoco, en estas pocas líneas transcritas, se deje claro que el Estado tiene como proyecto primario e ineludible el servicio eficaz a todos sus ciudadanos.